



Universidad  
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional

# ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

*Rafael Illescas Ortiz*



Madrid Parra, Agustín. Avance de Naciones Unidas en la regulación de los documentos electrónicos transferibles. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 2069-2089. ISBN 978-84-89315-79-2.  
<http://hdl.handle.net/10016/20966>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# AVANCE DE NACIONES UNIDAS EN LA REGULACIÓN DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS TRANSFERIBLES

AGUSTÍN MADRID PARRA \*

## Resumen

Se examinan el enfoque y algunas de las cuestiones jurídicas más significativas del proyecto de regulación de los documentos electrónicos transferibles que se elabora en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Destaca la aplicación de los principios de equivalencia funcional y de neutralidad en el uso de la tecnología. Asimismo se señala el “control” como concepto y elemento que aglutina la electrificación de los documentos transferibles.

## Contenido

1. Introducción. – 2. Antecedentes. – 3. Enfoque de la proyectada regulación. – 4. Ámbito de aplicación. – 4.1. Documento electrónico. – 4.2. Documento electrónico transferible. – 4.3. Exclusiones. – 5. Principios de la electrificación. – 5.1. Principio de no discriminación. – 5.2. Principio de equivalencia funcional. – 6. Función del control. – 7. Reversibilidad. – 8. Criterios de fiabilidad. – 9. Conclusión

## 1. INTRODUCCIÓN

El Profesor Rafael Illescas es Maestro mercantilista al que debemos muchas y relevantes aportaciones en el ámbito del Derecho comercial internacional y patrio. Junto a las instituciones y categorías clásicas ha prestado especial atención a los nuevos retos planteados al Derecho desde el uso de las nuevas tecnologías. El empleo de medios electrónicos para el desarrollo de la actividad empresarial y el establecimiento de relaciones jurídicas le llevó a introducir en nuestra literatura jurídica el término “electrificación”. Los hechos le han dado la razón: cada vez son más las relaciones jurídicas “electrificadas”, tanto en el ámbito del Derecho privado como del público.

La doctrina se ocupa de la electrificación de la contratación y de otros instrumentos jurídicos. Los legisladores han establecido regulaciones mediante normas de carácter internacional, regional y nacional que versan sobre electrificación de los valores negociables y sus mercados, comercio electrónico, firma electrónica, comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, títulos de transporte en soporte electrónico o títulos de crédito y otros documentos electrónicos que permitan la transmisión de derechos de forma electrificada.

---

\* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.

El Profesor Illescas presidió el Grupo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), que entre 2002 y 2008 elaboró el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008) ("Reglas de Rotterdam")<sup>1</sup>. Asimismo presidió el período de sesiones de la Comisión que aprobó el proyecto de Convenio<sup>2</sup>. Esta Convención contempla la posibilidad de utilizar documentos electrónicos de transporte. Recoge y plasma los principios de la electronificación de las relaciones jurídicas ya contenidos en previos instrumentos de la CNUDMI/UNCITRAL como son la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996), la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas (2001) y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005). Entre esos principios destaca el de equivalencia funcional del soporte electrónico en relación con el soporte en papel.

La vinculación del Profesor Illescas con la electronificación del Derecho y con los trabajos de la CNUDMI/UNCITRAL ha motivado que esta pequeña aportación, llena de afecto, al libro -por supuesto electrónico- en homenaje al Maestro con motivo de su jubilación administrativa -solamente- se centre en dar cuenta del avance que realiza la CNUDMI/UNCITRAL en la elaboración de un nuevo instrumento internacional que contenga normas configuradoras del posible régimen jurídico aplicable a los documentos electrónicos transferibles<sup>3</sup>.

## 2. ANTECEDENTES

El Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico terminó en su 44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)<sup>4</sup> el proyecto de Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, que en 2005 sería aprobado por la CNUDMI/UNCITRAL<sup>5</sup> y, finalmente, por la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>6</sup>. Durante seis años el Grupo de Trabajo estuvo inactivo. Su tiempo fue puesto a disposición del Grupo de Trabajo III sobre Derecho del Transporte para que elaborase el proyecto de las ya mencionadas "Reglas de Rotterdam" aprobadas en 2008.

---

<sup>1</sup> Vid. los Informes de los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, entre otros documentos, A/CN.9/510, p. 7 (7 de mayo de 2002) correspondiente al 9º período de sesiones y el A/CN.9/645, p. 8 (30 de enero de 2008) correspondiente al 21º. Los documentos de la CNUDMI/UNCITRAL se encuentran accesibles en su sitio web: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>

<sup>2</sup> Vid. A/60/17 - Informe de la CNUDMI/UNCITRAL sobre la labor realizada en su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), par. 9.

<sup>3</sup> Este trabajo, en homenaje al Prof. Dr. Rafael Illescas Ortiz, se enmarca dentro del Proyecto de Investigación del Plan Nacional I+D DER2011-29871, denominado "De los títulos valores a los documentos negociables electrónicos: una propuesta de regulación".

<sup>4</sup> A/CN.9/571.

<sup>5</sup> A/60/17 - Informe de la CNUDMI/UNCITRAL sobre la labor realizada en su 38º período de sesiones (Viena, 4 a 15 de julio de 2005), par. 12 a 167.

<sup>6</sup> La Asamblea General aprobó la Convención el 23 de noviembre de 2005 mediante su Resolución 60/21 y el Secretario General la abrió a la firma el 16 de enero de 2006.

En su 42º período de sesiones, celebrado en 2009, la Comisión examinó diversas propuestas sobre posible labor futura en materia de comercio electrónico. En relación con una de ellas, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara un estudio sobre los documentos electrónicos transferibles, teniendo en cuenta las propuestas que se habían recibido durante ese período de sesiones (A/CN.9/681 y Add.1 y A/CN.9/682)<sup>7</sup>. Los dos primeros documentos contenían una propuesta de la Delegación de los Estados Unidos de América. En el tercero se plasmaba una propuesta de la Delegación de España en el mismo sentido. Ambas propuestas partían de la constatación de la conveniencia de explorar vías regulatorias que impulsaran y dieran uniformidad al uso transfronterizo de documentos electrónicos transferibles (negociables o no).

En su 43º período de sesiones, celebrado en 2010, la Comisión tuvo a su disposición más información sobre el empleo de las comunicaciones electrónicas para la transferencia de derechos reales sobre mercancías, sobre todo en relación con el empleo de la inscripción registral para la creación y transferencia de esos derechos<sup>8</sup>. En ese período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que organizara un coloquio sobre los temas pertinentes, a saber, los documentos electrónicos transferibles, la gestión de datos de identificación personal, el comercio electrónico por conducto de dispositivos móviles y los sistemas electrónicos de ventanilla única<sup>9</sup>.

Cumpliendo con el encargo de la Comisión, la Secretaría organizó el coloquio, que se celebró en Nueva York del 14 al 16 de febrero de 2011. La sesión III, que se desarrolló durante los días 2º y 3º, se ocupó de los documentos electrónicos transferibles. A lo largo de ocho ponencias se pusieron de manifiesto las experiencias ya existentes en determinados países, tanto desde la perspectiva legal como práctica, y se insistió en la necesidad de avanzar en el estudio y elaboración de reglas uniformes en la materia que permitiesen el uso transfronterizo de dichos instrumentos<sup>10</sup>.

En su 44º período de sesiones (Viena, 27 de junio a 15 de julio de 2011), la Comisión examinó una nota de la Secretaría en la que se resumían las deliberaciones del coloquio sobre el comercio electrónico<sup>11</sup>. En dicho informe se concluía que “la utilización transfronteriza de la documentación transferible por vía electrónica reclamaba el examen de diversos aspectos jurídicos complejos de las operaciones cursadas por vía electrónica, labor para la que la CNUDMI estaría particularmente cualificada por razón de su composición y de la pericia que ha acumulado en esta esfera”<sup>12</sup>. Tras deliberar, la Comisión encomendó al Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico que se ocupara del tema de los documentos electrónicos transferibles<sup>13</sup>. Se recordó que esa labor sería beneficiosa no solamente para promover en general las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional, sino también

<sup>7</sup> A/64/17 - Informe de la CNUDMI/UNCITRAL sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones (Viena, 29 de junio a 17 de julio de 2009), par. 343.

<sup>8</sup> A/CN.9/692, par. 12-47.

<sup>9</sup> A/65/17, par. 250.

<sup>10</sup> Vid. información sobre el coloquio en

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/electronic-commerce-2010program.html> (visitado 30/10/2014).

<sup>11</sup> A/CN.9/728 y Add.1.

<sup>12</sup> A/CN.9/728 .Add.1, par. 30.

<sup>13</sup> A/66/17, par. 238.



para abordar determinadas cuestiones, como el modo de contribuir a la aplicación de las Reglas de Rotterdam. También se convino en que el examen y regulación de los documentos electrónicos transferibles podría abarcar ciertos aspectos de los otros temas tratados en el coloquio, como la gestión de datos de identificación personal, el comercio electrónico por conducto de dispositivos móviles y los sistemas electrónicos de ventanilla única<sup>14</sup>.

### 3. ENFOQUE DE LA PROYECTADA REGULACIÓN

En su 45º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de octubre de 2011), el Grupo de Trabajo IV reanudó su actividad, interrumpida, como se ha indicado, durante seis años, e inició su labor sobre diversas cuestiones jurídicas relativas al empleo de documentos electrónicos transferibles. Examinó la labor realizada por otras organizaciones internacionales en relación con este tema y analizó la posible metodología para la tarea futura del Grupo de Trabajo<sup>15</sup>.

En su 46º período de sesiones (Viena, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2012), el Grupo de Trabajo prosiguió su labor, adoptando un enfoque funcional para la elaboración de reglas sobre diversos tipos de documentos electrónicos transferibles<sup>16</sup>. Se convino trabajar, en principio, sobre la hipótesis de la elaboración de una ley modelo, sin perjuicio de la decisión que finalmente se adoptase<sup>17</sup>. En el siguiente período de sesiones se continuó el trabajo desde la perspectiva de proyectar y concretar los principios y disposiciones generales en materia de comercio electrónico (Leyes Modelo de 1996 y 2011, y Convenciones de 2005 y 2008) sobre los documentos electrónicos transferibles<sup>18</sup>.

En los siguientes períodos de sesiones se trabajó en la elaboración de normas que implementaran la aplicación de los principios generales sobre el uso de medios electrónicos con eficacia jurídica a cuestiones tales como los conceptos de original, singularidad e integridad de un documento electrónico transferible<sup>19</sup>. El principal reto es el de conseguir un texto articulado que contenga un régimen jurídico, susceptible de aplicación uniforme internacional, sobre documentos electrónicos transferibles en el cual se plasmen los principios básicos de equivalencia funcional y neutralidad en el uso de la tecnología<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup> A/66/17, par. 235.

<sup>15</sup> A/CN.9/737.

<sup>16</sup> A/CN.9/761, par. 17 y 18.

<sup>17</sup> A/CN.9/761, par. 90-93. En el 50º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2014) se apuntó la posibilidad de que se tratase de una guía legislativa. No obstante, se acordó preparar un proyecto de ley modelo sobre los documentos electrónicos transferibles, a reserva de la decisión definitiva que adoptara la Comisión (A/CN.9/828, par. 23).

<sup>18</sup> Vid. A/CN.9/768, par. 15: Informe del 47º período de sesiones (Nueva York, 13 a 17 de mayo de 2013).

<sup>19</sup> Vid. A/CN.9/797 - Informe del 48º período de sesiones (Viena, 9 a 13 de noviembre de 2013); A/CN.9/804 - Informe del 49º período de sesiones (Nueva York, 28 de abril a 2 de mayo de 2014).

<sup>20</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.129, par. 16 (29 de julio de 2014).

Con independencia de cuál sea el tenor literal del texto legislativo final que acabe elaborando el Grupo de Trabajo y, por último, apruebe la Comisión para presentarlo a la Asamblea General de Naciones Unidas, se pretende en las líneas que siguen abordar las materias principales susceptibles de regulación así como las cuestiones jurídicas fundamentales que al respecto se suscitan.

#### 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En todo texto legislativo la primera y fundamental cuestión que se presenta es la delimitación de su ámbito de aplicación. Hay que comenzar estableciendo el objeto y finalidad de la disposición. Suele ser esta cuestión compleja y complicada, especialmente cuando de un texto de ámbito internacional se trata. Primero hay que clarificar y consensuar el ámbito material que se pretende abarcar. En segundo lugar hay que encontrar la formulación adecuada para establecer con nitidez el contorno del ámbito pretendido.

El proyecto, siguiendo el mandato de la Comisión, señala como ámbito de aplicación “los documentos electrónicos transferibles”. Es obvio, en consecuencia, que la concreción, vendrá, pues, de la mano de otros preceptos en los que se contenga la definición de los mismos y se especifique si se establece alguna exclusión o no. Antes de examinar estas cuestiones, que suponen una remisión, se ha de indicar que en el mismo precepto primero sobre ámbito de aplicación se deja claro que la presente regulación no pretende afectar al régimen jurídico existente, ya sea de carácter nacional o internacional, sobre los documentos transferibles en soporte papel. Con ello se está apuntando al hecho de la aplicación simultánea de dos principios básicos, a saber: inalteración del Derecho preexistente y equivalencia funcional.

El régimen jurídico aplicable en cada Estado a los documentos transferibles será el que corresponda conforme al Derecho aplicable pertinente, sea este de estricta naturaleza nacional o internacional, en su caso, como por ejemplo, el Convenio que establece una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés a la orden (Ginebra, 7 de junio de 1930) y el Convenio que establece una ley uniforme sobre cheques (Ginebra, 19 de marzo de 1931) (los “Convenios de Ginebra”). El punto de partida general es la existencia de normas reguladoras, nacionales o internacionales, de la materia referidas a documentos transferibles cuyo soporte es el papel. En este supuesto general la posición que adopta el proyecto es el de no interferir en dichas normas preexistentes y presentar disposiciones de equivalencia funcional, de manera que documentos en soporte electrónico puedan cumplir también la misma función económico-jurídica que los instrumentos en soporte papel.

El dilema que a este respecto se presenta se refiere a aquellos supuestos en los que el diseño y la función del concreto instrumento vienen esencialmente condicionados por el hecho de su condición cartácea. En estos casos puede resultar superfluo plantearse la hipótesis de establecer un régimen jurídico aplicable a la versión electrónica de dichos títulos transferibles. Quizás haya que ser algo más osados y adentrarse en el diseño de nuevos instrumentos específicamente electrónicos que

cumplan la misma función económica esencial, pero con un régimen jurídico específico apropiado a su naturaleza “desmaterializada”. Tal vez empiece a ser procedente plantear, desde una perspectiva jurídica, la sustitución simple y llana de la venerable letra de cambio en papel, no ya por su versión electrónica, sino por un nuevo título de crédito electrónico, que cumpla la misma función cambiaria, cual es la factura electrónica transferible. En tal dirección apunta el proyectado nuevo Código Mercantil en España dando acogida a la práctica comercial que avanza por tales derroteros<sup>21</sup>.

El debate en el seno del proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL se sitúa en relación con las disposiciones ya existentes en algunos países que regulan los documentos electrónicos transferibles. En estos casos es evidente que resulta innecesaria la proyectada regulación internacional para la existencia y funcionamientos de dichos documentos electrónicos transferibles. Cuestión distinta es que, si en vez de una ley modelo se optase por una convención, entonces el país concernido tendría que adoptar las medidas pertinentes para asegurar la concordancia o coexistencia de ambos regímenes jurídicos.

En cualquier caso, bajo la rúbrica de ámbito de aplicación en el proyecto se pone de manifiesto que el objeto o finalidad del mismo es proporcionar una regulación que contenga normas básicas que propicien el uso, con seguridad jurídica, de los documentos electrónicos transferibles tanto dentro de los países como con carácter internacional. Tal pretensión se aborda dejando claro que no se pretende afectar al

---

<sup>21</sup> El Anteproyecto de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 se ocupa de los singulares títulos-valores, que denomina “títulos de crédito”, expresión que engloba el cheque, el pagaré y la letra de cambio y ahora también a la factura aceptada (cfr. artículo 631-1). Vid. “Artículo 631-6. *Libertad documental*.”

1. Los títulos de crédito podrán documentarse en soporte papel o en soporte electrónico.

2. Reglamentariamente se establecerán los requisitos que han de reunir los títulos de crédito documentados en soporte electrónico a fin de garantizar la seguridad del soporte así como la autenticidad, la integridad y la intangibilidad del contenido; el modo de transmisión y de legitimación del titular; y la pérdida de validez o de eficacia.”

Para un análisis y debate sobre “desmaterialización” y “electronificación” de los títulos cambiarios así como sobre un enfoque de futuro “continuista” o “rupturista”, vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Problemática jurídica de los títulos cambiarios electrónicos en el Derecho español*, Civitas, S.A., Pamplona, 2012, especialmente pp. 121-125. En esta última, en la nota 43, la autora trae a colación la propuesta de M. ALBA centrando la regulación jurídica de los documentos electrónicos transferibles en el concepto de “control”, como equivalente funcional que supera la categoría jurídica de la “posesión” esencialmente vinculada a la materialidad de los bienes, especialmente los de naturaleza mueble. Sobre esta materia, vid. ALBA FERNÁNDEZ, M., “La regulación de los títulos valores emitidos individualmente en soporte electrónico”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º. 117, Enero-Marzo 2010, pp. 39-68; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., y ALBA FERNÁNDEZ, M., “La desmaterialización de los títulos valores”, en *Comercio electrónico. Estructura operativa y jurídica* (ETCHEVERRY, R. A. e ILLESCAS ORTIZ, R., Dir.), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 773-833; ALBA, M., “Necesidad para el comercio internacional de una regulación armonizada sobre documentos electrónicos negociables”, CNUDMI, 28 de enero, 2011, disponible en [http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/EC/MAIba\\_Paper\\_Negotiable\\_Docs.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/EC/MAIba_Paper_Negotiable_Docs.pdf) (última visita: 13/12/2014); MARTÍNEZ NADAL, A., “De nuevo en torno al pagaré electrónico (a propósito de la Sentencia de 13 de julio de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2011, n.º. 122, pp. 221-242, y en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 445-461; IDEM, “Terceras partes de confianza y gestión de títulos cambiarios electrónicos”, en *Estudios de Derecho mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1469-1484.

Derecho preexistente en materia de documentos transferibles, sea el soporte en papel o electrónico<sup>22</sup>.

Si el proyecto se centra en establecer una regulación relativa a los documentos electrónicos transferibles, la delimitación del ámbito de aplicación en torno a esta figura vendrá determinada por la definición que se dé de tal instrumento. A su vez, al abordar la definición de documento electrónico transferible resulta imprescindible partir de un preciso concepto de documento electrónico.

#### **4.1. Documento electrónico**

Estando en la CNUDMI/UNCITRAL, el punto de partida no puede ser otro que el concepto de “mensaje de datos” contenido en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. Según el artículo 2.a), por “mensaje de datos” se entenderá “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. Este texto de 1996 fue incluido en la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas (2005) en su artículo 4.c). Solo en este artículo se utiliza el término “mensaje de datos” en la Convención. La categoría principal del nuevo texto es la de “comunicación electrónica”. Se basa en el concepto de “mensaje de datos”, pero se lleva a cabo una adaptación al contexto de la Convención. De ahí que el artículo 4 comience en su apartado a) definiendo “comunicación” como “toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato”. Acto seguido, en el apartado b) se define “comunicación electrónica” como toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. En definitiva, se abandona la expresión “mensaje de datos” y se opta por “comunicaciones electrónicas” al ser considerada más apropiada para el contexto de contratos internacionales ya en 2005.

Esta orientación actualizadora se plasma también en el artículo 1.17 de las Reglas de Rotterdam: Por “comunicación electrónica” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos, digitales u otros medios análogos, con el resultado de que la información comunicada sea accesible para su ulterior consulta. Se lleva a cabo una fusión de los artículos 2.a) y 6 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.<sup>23</sup>

En el proyecto de disposiciones sobre documentos electrónicos transferibles se sigue una metodología similar. Se parte del concepto básico de “mensaje de datos”, pero la denominación que se utiliza y define es la de “documento electrónico” para luego pasar a la considerar su cualificación como transferible o no. Se pretende configurar una definición del siguiente tenor: Por “documento electrónico” se entenderá la información

---

<sup>22</sup> Cfr. A/CN.9/797, par. 17.

<sup>23</sup> En el artículo 6.1) de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico se contiene la formulación del principio de equivalencia funcional: “Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.”



generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, con inclusión, cuando proceda, de toda la información lógicamente asociada o vinculada de alguna otra forma a ella, ya sea que se genere simultáneamente con posterioridad. En definitiva, se quiere integrar la parte definitoria esencial del concepto de “mensaje de datos” o “comunicación electrónica” al tiempo que se trae a colación un elemento operativo fundamental al tratarse de documentos transferibles: el endoso<sup>24</sup>.

Ya sea por razón del endoso o por cualquier otro motivo, la instrumentación electrónica del documento electrónico, su posterior transmisión, la constitución de cualquier derecho relacionado con el mismo o el ejercicio de los derechos “incorporados” pueden comportar -como puede ocurrir en el mundo del papel- que se deba generar información adicional que puede figurar en el propio documento o en otro adjunto. El elemento esencial, pues, reside en el hecho de que se trata de información que consta en un soporte electrónico (entendido este término en sentido amplio), de manera que puede ser tratada de manera automatizada o informatizada<sup>25</sup>.

#### **4.2. Documento electrónico transferible**

Sobre la base del concepto de documento electrónico, como concepto general, se construye el específico del proyecto de normas, esto es, el calificado como “transferible”. Se sigue la misma metodología que en las Reglas de Rotterdam al definir específicamente el “documento electrónico de transporte”<sup>26</sup>. Ahora se viene a definir el “documento electrónico transferible” como el documento electrónico que legitima a la persona que ejerce el control para exigir el cumplimiento de la obligación indicada en él y cuyo traspaso permita transferir el derecho a exigir el cumplimiento de dicha obligación. Tan solo se pretende formular un trasunto del concepto de título transferible en soporte papel al mundo o contexto electrónico. De ahí que se opte por referirse al titular del derecho, persona legitimada para exigir el cumplimiento o transmitir, en su caso, el derecho “incorporado o representado” no con el tradicional término de “tenedor”, sino con la expresión “persona que ejerce el control”. Se convierte así el control en elemento crucial de la definición y la configuración del documento electrónico transferible. Como se examinará más adelante, el control se convierte en el

---

<sup>24</sup> A/CN.9/797, par. 43-45.

<sup>25</sup> En nuestro Ordenamiento interno, el art. 3.5. de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica dispone que se “considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.”

<sup>26</sup> En las Reglas de Rotterdam, el artículo 1.18. entiende por “documento electrónico de transporte” la información consignada en uno o más mensajes emitidos por el porteador mediante comunicación electrónica, en virtud de un contrato de transporte, incluida la información lógicamente asociada al documento electrónico de transporte en forma de datos adjuntos o vinculada de alguna otra forma al mismo por el porteador, simultáneamente a su emisión o después de esta, de tal modo que haya pasado a formar parte del documento electrónico de transporte, y que:

a) Pruebe que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte; y

b) Pruebe o contenga un contrato de transporte.

Véase en la anterior nota la definición de documento electrónico en nuestro ordenamiento interno, que se contiene en el artículo 3.5. de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

instrumento vehicular para aplicar el principio de equivalencia funcional en el caso de los documentos electrónicos transferibles.

En definitiva, uniendo al concepto de documento electrónico los elementos definitorios de la transferibilidad por medios electrónicos, se busca la aplicación del mencionado principio de equivalencia funcional a los ya preexistentes títulos transferibles en papel. No se crea un instrumento jurídico nuevo en sentido estricto. Tan solo se contempla la posibilidad de utilizar los ya existentes en soporte papel también en un entorno virtual o electrónico. Para ello se subraya el hecho de que los intangibles documentos electrónicos transferibles permitan cumplir la misma función económica y jurídica que sus predecesores en papel. Así, deberán aseverar la titularidad del derecho, permitir su transmisión y legitimar para el ejercicio del derecho.

Con la definición de documento electrónico transferible se está delimitando el ámbito de aplicación de este nuevo proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL. En última instancia, con esa expresión se está queriendo englobar un conjunto de instrumentos jurídico-económicos, de distintas naturaleza, pero que constituyen una categoría que se puso de manifiesto al agruparlos en un mismo apartado de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas precisamente para excluirlas de la aplicación de la misma. El artículo 2.2 de la Convención dispone: “La presente Convención no será aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.”

En principio, se puede afirmar que se trata de títulos de tradición y de títulos de crédito, sin perjuicio de que en cada caso concreto su transferibilidad pueda depender de diferente regulación en un ordenamiento jurídico u otro, de características de la propia emisión o de convenio entre las partes. En todo caso, no deja de ser un reto difícil alcanzar una definición general de una categoría que englobe todos estos supuestos concretos. Otra cosa es que, incluidos en la definición, determinados instrumentos puedan quedar fuera del ámbito de aplicación por la vía de las exclusiones en el proyecto sobre documentos electrónicos transferibles<sup>27</sup>.

#### **4.3. Exclusiones**

En materia de exclusiones parece razonable que existan dos tipos de reglas: unas de carácter clarificador y otras de exclusión en sentido estricto. Dentro del primer grupo se insertan una referida a materia de consumidores y otra a instrumentos financieros de inversión, a las que hay que añadir otra en artículo aparte referida a la información.

La mención expresa de que nada de lo dispuesto en las normas contenidas en el proyecto pretende alterar o afectar el Derecho de consumidores es ya tradición en leyes, convenios y reglamentos de la CNUDMI/UNCITRAL. El propio nombre de la

---

<sup>27</sup> Cfr. A/CN.9/797, par. 17-28; A/CN.9/WG.IV/WP.130 (29 de agosto de 2014), par. 17. Se insiste en que el proyecto debe centrarse solo en los documentos electrónicos transferibles, quedando fuera aquellos que no lo sean, como pudieran ser conocimientos de embarque nominativos o cartas de porte que, en algunos ordenamientos, no tienen carácter de transferibles (A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 21).

Comisión refleja el mandato de la Asamblea General en el sentido de que se ocupe del Derecho mercantil internacional a fin de conseguir las máximas cotas posibles de armonización y uniformidad. Su objeto mira fundamentalmente al comercio internacional desarrollado por empresarios. El Derecho de consumidores queda en un segundo plano. Hay referencia a él en la medida que afecta a la actividad empresarial; pero no constituye objeto específico de la encomienda de CNUDMI/UNCITRAL.

Así, en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (1980) el artículo 2, dedicado a las exclusiones, dispone en su apartado a) que quedan excluidas las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso<sup>28</sup>. Con formulación más directa, en 1996 la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico dice en su artículo 1: “La presente Ley\*\* será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto\*\*\* de actividades comerciales\*\*\*\*.” En la nota 2 (\*\*) la Ley Modelo contempla la posibilidad de que los legisladores nacionales expresamente especifiquen que “La presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.” En la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas se incluye la clarificación en el texto del artículo 1 de forma taxativa: “La presente Ley será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto\* de actividades comerciales\*\*. *No deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.*” (énfasis añadido).

Siguiendo este mismo criterio clarificador el proyecto de normas sobre los documentos electrónicos transferibles dice de forma explícita: “La presente Ley no deroga ninguna norma jurídica aplicable a la protección del consumidor.”<sup>29</sup>.

A renglón seguido se formula la siguiente clarificación: “La presente Ley no se aplicará a los valores, como las acciones, los bonos y otros instrumentos de inversión.” Se sigue así la pauta marcada por la Convención de Viena y la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas<sup>30</sup>. Esta exclusión es imprescindible, ya que en el amplio concepto visto de documento electrónico transferible pueden entrar muchos instrumentos de inversión como los valores negociables, cuales son las acciones, las obligaciones, los bonos u otros que reciben diferentes nombres según las jurisdicciones<sup>31</sup>. Este tipo de instrumentos financieros tienen su regulación específica.

<sup>28</sup> Siguiendo el modelo de la Convención de Viena, la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas determina la exclusión de su ámbito de aplicación de las comunicaciones electrónicas relacionadas con contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos (art. 2.1.a).

<sup>29</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 7.

<sup>30</sup> La Convención de Viena excluye las compraventas de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero (art. 2.d). La Convención sobre Comunicaciones Electrónicas excluye en su artículo 2.1.b) las comunicaciones electrónicas relacionadas con “i) Operaciones en un mercado de valores reglamentado; ii) operaciones de cambio de divisas; iii) sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; iv) la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra.”

<sup>31</sup> Para un listado (no cerrado) en España de valores negociables, vid. artículo 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV).

Su electrificación y la de sus mercados fue pionera. La integración e internacionalización de los mercados de valores es una realidad. Es palmario que estos instrumentos están fuera de la encomienda realizada por la Comisión al Grupo de Trabajo.

Se puede considerar una norma de exclusión indirecta aquella (art. 6) en la que se dispone que nada de lo dispuesto en la presente Ley afectará a la aplicación de cualquier norma jurídica en virtud de la cual una persona deba revelar su identidad, la ubicación de su establecimiento u otra información, ni eximirá de consecuencias jurídicas a una persona que haya hecho a este respecto declaraciones inexactas, incompletas o falsas. Es una disposición declarativa en conexión con el ámbito de aplicación. Se quiere poner de manifiesto que las normas del proyecto no pretenden afectar a ninguna disposición de Derecho sustantivo conexo con los documentos electrónicos transferibles, aunque se trate de normas que puedan tener una conexión indirecta. Se trata de instrumentos que esencialmente consisten en documentar derechos descritos mediante información que se genera y hace constar de forma electrónica. Las disposiciones que puedan existir y ser aplicables a la “información en general” lo serán también en este caso, sin que el régimen del proyecto pretenda introducir alteración alguna al respecto<sup>32</sup>.

Hay, sin embargo, un segundo tipo de exclusiones cuya formulación presenta mayor dificultad. Se trata de documentos o títulos electrónicos transferibles que, en principio, por su naturaleza, deben estar dentro del ámbito de aplicación, pero que, por algún particular motivo, pudiera ser conveniente su expresa exclusión. Dos son las razones más significativas que se han señalado en el Grupo de Trabajo para tales exclusiones. Por una parte están los títulos cuya transferibilidad pueda ser cuestionada o no esté asegurada en todo caso. Por otro lado, se encuentran los títulos que se rigen por las Convenciones de Ginebra, de manera que resulta dicho régimen internacional incompatible con el de la electrificación prevista en el proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL.

En el primer grupo se encuentran los ya mencionados conocimientos de embarque nominativos o las cartas de porte no negociables. En el segundo están las letras de cambio, los pagarés a la orden y los cheques. Desde luego la formulación absoluta de una exclusión de los títulos cambiarios del ámbito de aplicación dejaría bastante vacío de contenido al proyecto en su totalidad. Más que hablar de una exclusión, se tendría que pensar en una indicación en la correspondiente guía para que, en función del formato final del proyecto, los Estados adopten las cautelas pertinentes para que su legislación interna (si de una Ley Modelo se tratara) o la adopción de una nueva Convención (si este fuere el caso) sea compatible con los Convenios de Ginebra, en caso de un Estado que los hubiera ratificado<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> El proyecto de artículo 6 es parecido al artículo 7 de la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas en el que se recuerda a las partes la necesidad de cumplir las posibles obligaciones de revelar datos que imponga el derecho interno (Nota explicativa sobre la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas, par. 122-128). Cfr. A/CN.9/WG.IV/WP.122, par. 11.

<sup>33</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 11 y 12. España firmó, pero no ratificó los Convenios de Ginebra (cfr. A/CN.9/WG.IV/WP.125, par. 11 y 16, donde se incluye la relación de los Estados parte de los Convenios).

En todo caso parece que se impone una interpretación integradora para aquellos Estados parte de los Convenios de Ginebra. Es evidente que en 1930 y 1931 no se contemplaba para los títulos cambiarios más soporte que el papel. En consecuencia, todo el régimen jurídico contenido en ellos está destinado a regular el uso y efectos jurídicos de letras de cambio, pagarés y cheques en papel. El proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL no pretende afectar o modificar el régimen jurídico contenido en los Convenios, de igual manera que no pretende modificar los Derechos nacionales en la materia. Se trata de dictar normas aplicables a una nueva realidad, cual es la existencia de documentos transferibles cuyo soporte no es el papel, sino electrónico. La pretensión es hacerlo sobre la base de la aplicación del principio de equivalencia funcional, de manera que, sin modificar el Derecho preexistente, se cumpla con este en un contexto electrónico.

Este objetivo se puede alcanzar en muchos casos. Ya existe experiencia al respecto en relación con los valores negociables. En España se ha aplicado el principio de equivalencia funcional utilizando la vieja categoría de la ficción jurídica. Así, se dispone que la inscripción en el registro contable de valores negociables anotados en cuenta equivale a la tradición (art. 9 LMV) o a la posesión (art. 10 LMV) de los títulos en papel. En la mayoría de los supuestos será posible acudir a la equivalencia funcional manteniendo la naturaleza jurídica del instrumento plasmado en un soporte electrónico y no en papel. Pero como ya se apuntó, pueden existir casos en los que una determinada función esté esencialmente vinculada a la condición física (papel) del instrumento, de manera que carezca de sentido pretender una “réplica” electrónica del mismo a tal efecto. Por ejemplo, la función trayecticia de la cambial se puede conseguir de manera más eficiente mediante una transferencia electrónica de fondos sin necesidad de recurrir al esquema cambiario.

Se impone, por tanto, una tarea de formulación amplia y flexible de las nuevas normas en el proyecto; pero también un examen y una interpretación del régimen regulador de los documentos transferibles existentes para discernir qué funciones -en cada caso concreto- son susceptibles de aplicación del principio de equivalencia funcional y en cuáles es preferible optar por un instrumento electrónico alternativo. Tal sería la vía para compatibilizar la aplicación de los Convenios de Ginebra y los Derechos internos que solo contemplen los títulos en papel. Así, la ya calificada como venerable letra de cambio podría ser susceptible de pervivencia electrificada en la medida que continúen existiendo funciones de la misma que se puedan desarrollar por medios electrónicos. Cuando la unión del papel a la función alcance la condición de indisoluble, quedará como un reducto al que se le aplique la vieja norma de los Convenios de Ginebra o del Derecho interno, según corresponda. De esa forma, pervivirán y convivirán los títulos en papel con los documentos electrónicos transferibles en la medida en que en la actividad económica se demanden unos u otros.



## 5. PRINCIPIOS DE LA ELECTRONIFICACIÓN

En el proyecto se presenta un bloque de artículos en los que se reproduce el contenido de los artículos 5 a 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, en los que se formulan los principios de no discriminación y equivalencia funcional.

### 5.1. Principio de no discriminación

Este principio constituye la formulación negativa básica del principio de equivalencia funcional. Consagrado en el artículo 5 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, se ha convertido ya en un clásico con acogida en textos posteriores de la CNUDMI/UNCITRAL y en disposiciones nacionales de los Estados. Así, se dice en el artículo 7 del proyecto: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza ejecutoria a un documento electrónico transferible por la sola razón de que esté en forma electrónica.” Es decir, se proclama el principio general de admisibilidad de la electrificación. Se niega que, de entrada, el hecho de la constancia en un soporte electrónico (digital, óptico..., esto es, distinto al papel) sea motivo suficiente para que la información, en este caso, el documento electrónico transferible carezca de validez o efectos jurídicos.

El reflejo del principio de no discriminación es también la previsión del proyecto de artículo 16, conforme al cual nada de lo dispuesto en el proyecto exigirá que, para la emisión de un documento electrónico se proporcione más información que la que se exigiría para la emisión de un documento o instrumento en papel transferible. Ello se ha de entender sin perjuicio de la posibilidad de incluir en el documento electrónico transferible información adicional que guarde relación con su carácter electrónico o que sea necesaria por motivos técnicos<sup>34</sup>.

### 5.2. Principio de equivalencia funcional

La formulación positiva del principio, esto es, que la información que consta en soporte electrónico también tiene validez jurídica, se inserta en el artículo 8 del proyecto. Se trae aquí a colación la formulación del artículo 6 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico que contempla la equivalencia funcional de “escrito” y que también ha hecho fortuna tanto en textos nacionales como internacionales. El requisito de que una información conste por escrito se entiende cumplido si dicha información en soporte electrónico permanece accesible para ulterior consulta. Tal es el contenido del artículo 8 del proyecto: “Cuando la ley exija que la información conste por escrito o prevea consecuencias para el caso de que no conste por escrito, ese requisito se dará por cumplido respecto del empleo de un documento electrónico transferible si es posible acceder a la información consignada en ese documento electrónico de manera que sea posible su consulta ulterior.”

---

<sup>34</sup> A/CN.9/797, par. 70-73. Vid. también proyecto de artículo 17 en A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 19 (29 de agosto de 2014).

El mismo esquema se repite con respecto al requisito de firma. La equivalencia funcional no significa que el escrito electrónico o la firma electrónica equivalen al escrito en papel o a la firma manuscrita en el sentido de que sean “semejantes”. La equivalencia de predica de la función, no del soporte. Es decir, el soporte electrónico -reuniendo los requisitos que se establecen- cumple la misma función jurídica (se le atribuyen los mismos efectos jurídicos) que el soporte papel; pero aquel no es una especie de sucedáneo de este. Nada tienen que ver. Son soportes de naturaleza totalmente diferente. Otra cosa es que una misma función o finalidad jurídica se pueda alcanzar tanto con un instrumento de papel o con uno en soporte electrónico. Esa distinta naturaleza del medio o soporte hace que en determinados casos no haya que seguir el esquema o la vía de la equivalencia funcional, sino la utilización alternativa de un nuevo medio. Así sucede en el caso de los documentos electrónicos transferibles a la hora de abordar la equivalencia funcional de “original”. Con respecto a la firma se aplica el principio de equivalencia funcional, pero no así con respecto al original.

En relación con el requisito de firma, el artículo 9 proyectado sigue la pauta del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, del artículo 6 de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas y del artículo 9 de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas, si bien con adaptación al contexto de los documentos electrónicos transferibles: “Cuando la ley exija la firma de una persona, o prevea consecuencias en caso de que falte una firma, ese requisito se dará por cumplido respecto del empleo de un documento electrónico transferible:

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar la intención que tiene esa persona respecto de la información consignada en el documento electrónico transferible; y

b) Si el método empleado:

i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó el documento electrónico, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o

ii) Ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, cumple las funciones descritas en el apartado a) *supra*.”

En relación con la equivalencia funcional de original el Grupo de Trabajo ha optado por no incluir un precepto al respecto. Los conceptos de original y copia en el mundo del papel y en el mundo electrónico son completamente distintos. Probablemente la finalidad buscada o asignada a un original o copia en papel se deba plantear por vías con diseño absolutamente distinto en el mundo virtual o electrónico. Tal será el caso si se pasa del contexto cartáceo a un sistema registral. Incluso en un sistema de “token” (“unidad cosificada”, en este caso, “cosificación electrónica”) la forma de identificar y de conseguir la unicidad no tiene similitud alguna en su funcionamiento con los atributos que acompañan a un original en papel<sup>35</sup>. En caso de requerirse singularidad de un documento transferible, la función asignada a la existencia de un único ejemplar puede conseguirse en el mundo electrónico por otros medios que no son los de la existencia de un ejemplar único. La finalidad que se persigue con la

---

<sup>35</sup> Cfr. A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 48-53.

singularidad es la de evitar que se puede demandar el cumplimiento más de una vez. Esta función se puede cumplir en el contexto electrónico por una vía alternativa al requisito de “original”, esto es, mediante el “control”. De ahí la relevancia de este concepto en el proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL<sup>36</sup>.

En consecuencia, el Grupo de Trabajo volcó la proyección del principio de equivalencia funcional, no sobre el requisito de la existencia de un “original”, sino sobre la base de que se utilice un método fiable que permita:

a) Identificar el documento electrónico como tal y prevenir toda reproducción no autorizada del mismo.

b) Sujetar a control el documento electrónico durante su período de validez.

c) Mantener la integridad del documento electrónico transferible<sup>37</sup>.

## 6. FUNCIÓN DEL CONTROL

Como ya se ha indicado, el control constituye un elemento esencial de aplicación del principio de equivalencia funcional. Por una parte, como se acaba de apuntar, se convierte en vía alternativa a la exigencia de un “original” en papel. Por otro lado, se utiliza como equivalente funcional de la posesión. Al modo como ya se hace en nuestro ordenamiento interno en el ya referido artículo 10 de la LMV, se acude a la ficción jurídica: el control sobre el documento electrónico transferible equivale a la *posesión* del documento transferible en papel. El control en el mundo virtual surte el efecto de la posesión en el mundo físico.

Esta equivalencia se formula en el proyecto de artículo 18, según el cual cuando la ley exija la posesión de un documento o instrumento en papel transferible o prevea consecuencias si se carece de posesión, ese requisito se dará por cumplido en lo que respecta al empleo de un documento electrónico transferible:

a) Si se utiliza un método para establecer el control de ese documento electrónico transferible y para identificar a la persona que ejerce ese control; y

b) Si el método empleado:

i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se emitió el documento electrónico transferible, en atención a todas las circunstancias del caso, incluido todo acuerdo aplicable; o

ii) Ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, cumple las funciones señaladas en el apartado a).

El reto tecnológico, por tanto, reside en diseñar un sistema lo suficientemente fiable que permita alcanzar los niveles de seguridad necesarios para garantizar el control del documento y la identificación de la persona que ejerce el control y tiene la disponibilidad del mismo, ya sea para proceder a su transmisión, a la constitución de derechos reales limitados, o para, llegado el momento, ejercer los derechos que el documento confiere. En la práctica ya existen experiencias operativas, entre las que se

<sup>36</sup> A/CN.9/797, par. 50; A/CN.9/804, par. 36-40.

<sup>37</sup> Vid. A/CN.9/804, par. 49, y A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 54-58 sobre posibles opciones a la hora de combinar dichos requisitos.

pueden citar las de Estados Unidos de Norteamérica o Corea del Sur<sup>38</sup>. El reto legislativo se centra en conseguir una formulación del principio de equivalencia funcional que haga realmente operativa y eficiente legalmente la ficción jurídica de que el control equivale a la posesión.

La equivalencia funcional se proyecta también sobre el requisito de la *entrega*, esto es, sobre la *traditio*. En el artículo 19 del proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL, intitulado “entrega” se dice: “Cuando la ley exija entregar un documento o instrumento en papel transferible o prevea consecuencias para el caso de que no se entregue, ese requisito se dará por cumplido respecto del empleo de un documento electrónico transferible si se traspasa el control sobre dicho documento.”<sup>39</sup> De esta manera la cuestión se desplaza al concepto de “traspaso”, que no deja de tener un cierto contenido tautológico o, al menos, circular: “Por “traspaso” de un documento electrónico transferible se entenderá el traspaso del control sobre dicho documento.”<sup>40</sup> Lo que se está haciendo es decir de forma explícita que el traspaso del documento se concreta en el traspaso del control. En definitiva se entiende que cuando se entrega un documento físico el desplazamiento posesorio desempeña la función de traspasar el control sobre el mismo. Por eso en el mundo electrónico el traspaso del control equivale a la *traditio*, con los pertinentes efectos jurídica que en cada ordenamiento jurídico se atribuya a esta<sup>41</sup>.

Como regla general en el proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL sobre documentos electrónicos transferibles se acude al control como elemento al que se atribuye la equivalencia funcional de diversos requisitos que los distintos ordenamientos jurídicos suelen exigir en el régimen aplicable a los documentos transferibles. Igual que se ha dicho de la entrega, se puede establecer la misma equivalencia o ficción jurídica respecto a la presentación, endoso o pago<sup>42</sup>.

Probablemente la dificultad no se centre tanto en formular la equivalencia cuanto en definir el concepto de “control”. Cualquiera que sea la definición que se adopte, ha de atender a aspectos fácticos (en cuanto operativa tecnológica) y aspectos estrictamente jurídicos (imputación de facultades jurídicas, incluida la más importante: la titularidad de derechos). El Grupo de Trabajo se ha centrado fundamentalmente en la dimensión fáctica del concepto de control. Se viene a entender por control el poder de disposición fáctica sobre el documento electrónico transferible<sup>43</sup>. Una definición de este tipo produce insatisfacción. Aparte de que se pueda considerar insuficiente decir que control es poder, el control al que aquí se está haciendo referencia no es todo control

<sup>38</sup> Cfr. A/CN.9/681/Add.1, par. 26 y 27; A/CN.9/692, par. 26-47; A/CN.9/WG.IV/WP.118, especialmente par. 11-16, 32-38, 45-48, 55-60 y 65.

<sup>39</sup> Vid. A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 29.

<sup>40</sup> Vid. A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 25 y 26.

<sup>41</sup> En nuestro artículo 9 de la LMV la equivalencia funcional de la entrega se predica de la inscripción en el registro, que efectivamente implica transmisión de la titularidad y, por ende, traspaso de control. En el proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL no se particulariza tanto, ya que no se opta por un sistema concreto de implementación de los documentos electrónicos transferibles. Aunque la mayoría de las experiencias se basen en un sistema de registro, queda abierta la puerta a otras posibilidades como la opción del “token” electrónico.

<sup>42</sup> Vid. A/CN.9/797, par. 95-96; A/CN.9/804, par. 77-81; A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 30-33.

<sup>43</sup> Vid. A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 24.

fáctico. El proveedor de servicios que instrumenta la emisión y gestión del documento electrónico transferible tiene poder fáctico sobre el mismo, pero no es este el control del que aquí se trata. La relevancia jurídica del control impone una consideración limitada del mismo. Aunque se refiere a un poder de hecho, hay que excluir, por ejemplo, a los terceros prestadores de servicios, porque su intervención ha de ser en todo caso por cuenta de a quien jurídicamente le corresponde el control y su ejercicio, que unas veces podrán llevar a cabo directamente y otras por medio de o con el auxilio de los proveedores de servicios. Es evidente que la posibilidad de control de hecho que los terceros prestadores de servicios puedan tener sobre los documentos electrónicos transferibles no los convierte en titulares de derechos porque en ningún caso son “poseedores” (de forma *ficta*) a los que se les pueda imputar titularidad alguna de derechos o facultades<sup>44</sup>. Parece que la definición de control debe ir más en paralelo con la práctica. En el mercado el control viene relacionado con la autenticidad de la información, la verificación fiable de la misma y la identificación de una persona como “tenedor” (posesión *ficta*)<sup>45</sup>.

Otro elemento de debate consiste en la determinación de la duración del control. Se podría exigir solo durante alguna fase del ciclo vital del documento electrónico transferible o durante la totalidad del mismo, esto es, desde la emisión hasta su pérdida de efectos. Parece que lo más apropiado sería la segunda opción<sup>46</sup>.

También se pretende aportar certidumbre mediante el establecimiento de presunciones acerca de quién se entiende que ostenta el control de un documento electrónico transferible. Se presume que tiene el control quien aparece identificado en el mismo documento como la persona con capacidad para ejercerlo o quien lo “conserva en su poder”, esto es, quien de hecho tiene acceso al documento y puede disponer del mismo<sup>47</sup>. Como se puede constatar, la naturaleza fáctica del control dificulta la formulación tanto de una definición como de posibles presunciones.

En el proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL (artículo 23) se contemplaba también la posibilidad de “conversión” de títulos a la orden en títulos al portador (endoso en blanco) y viceversa. Ello sería jurídicamente admisible siempre que el ordenamiento sustantivo aplicable así lo permitiera<sup>48</sup>. En el 50º período de sesiones se argumentó que la emisión o “conversión” de un título a la orden implica el anonimato en relación con el titular del mismo. Dicho anonimato resulta imposible en un contexto electrónico ya que, si la titularidad se basa en quien tiene el control, siempre va a estar

---

<sup>44</sup> Vid. A/CN.9/804, par. 54-60.

<sup>45</sup> Vid. M. ALBA, quien en esencia define el control como la identificación fiable del titular: “En todo esto, de hecho, se resume la idea del control del documento como mecanismo fiable para probar titularidad.” (ALBA, M., “Necesidad para el comercio internacional de una regulación armonizada sobre documentos electrónicos negociables”, CNUDMI, 28 de enero, 2011, p. 11, disponible en [http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/EC/MAIba\\_Paper\\_Negotiable\\_Docs.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/EC/MAIba_Paper_Negotiable_Docs.pdf) -última visita: 13/12/2014-). De hecho en el 50º período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió señalar la identificación del titular como elemento esencial del control. A tal efecto adoptó el siguiente texto: “Una persona tiene el control de un documento electrónico transferible si el método empleado permite identificar de manera fiable a esa persona como la persona que ejerce el control”. (A/CN.9/828, par. 64).

<sup>46</sup> Para un debate al respecto, vid. A/CN.9/804, par. 61-62.

<sup>47</sup> Vid. A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 28, sobre el proyecto de artículo 19.

<sup>48</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 38.



identificada la persona que ostenta dicho control, aunque su nombra pueda no aparecer formalmente en el documento electrónico transferible. En consecuencia desaparece el anonimato en el pretendido documento electrónico transferible “al portador”. Sobre la base de este argumento, se decidió suprimir el proyecto de artículo 23<sup>49</sup>, aunque se puede argumentar que existen estructuras tecnológicas en las que es posible ostentar el control de un documento o información sin que aparezca la identidad de quien tiene dicho control o titularidad. Tal posibilidad existe tanto en un sistema de registro como de “*token*” (objeto). Cuestión distinta es que el coste pueda desaconsejar su uso por razones de “eficiencia económica”. En cualquier caso no se trataría de elaborar normas específicas sustantivas sobre contratos o títulos valores, cuanto de plasmar en disposiciones principios o criterios que aporten certidumbre jurídica a la hora de utilizar los medios electrónicos en las relaciones de contenido patrimonial<sup>50</sup>.

## 7. REVERSIBILIDAD

La reversibilidad entre el mundo del papel y el electrónico es ya vieja cuestión en las disposiciones que versan sobre la electronificación de las relaciones jurídicas de contenido patrimonial. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996) ya contemplaba en el apartado 5 de su artículo 17 (el último) la posibilidad de volver a un documento en papel a partir de un mensaje de datos en el que se contuviese información relativa a derechos relacionados con concesión, adquisición, renuncia, restitución, transferencia o negociación de algún derecho sobre mercancías, o con adquisición o transferencia de derechos y obligaciones con arreglo a un contrato de transporte de mercancías.

Por su parte, el artículo 10 de las Reglas de Rotterdam regula de forma más pormenorizada la conversión de un documento de transporte negociable que pasa a revestir el formato de documento electrónico de transporte negociable así como la reversión ya contemplada por la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, esto es, la conversión un documento electrónico de transporte negociable en un documento de transporte negociable en papel<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> A/CN.9/828, par. 83.

<sup>50</sup> A tal criterio responde el proyecto de artículo 24 que declara la posibilidad de introducir modificaciones en el contenido del documento, cuando la ley aplicable así lo contemple. Se ha de emplear un método fiable para la modificación del documento electrónico transferible, de manera que se identifique la información modificada. Se ha de diferenciar de forma clara dos clases distintas de modificaciones: por una parte, las relacionadas con información sustantiva, y, por otro lado, la información adicional debida a motivos técnicos. Cfr. A/CN.9/797, par. 101. Esta última información adicional representa una especificidad del entorno electrónico que no se da en los documentos en papel, donde las modificaciones sustantivas del documento no requieren información técnica adicional (cfr. A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 44).

<sup>51</sup> Se ha de señalar que en el lenguaje de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y en el de las Reglas de Rotterdam sigue perviviendo la vieja idea o expresión de documento como equivalente de escrito en papel. Si el término documento no va adjetivado, se entiende que es un documento en soporte papel. Si no es así, hay que calificar, por ejemplo, de electrónico. Ejemplo claro es el de las definiciones de las Reglas de Rotterdam en el artículo 1 cuando define “documento de transporte” (apartado 14), “documento de transporte negociable” (apartado 15), “documento de transporte no negociable” (apartado 16),

En el proyecto sobre documentos electrónicos transferibles se da acogida a una norma similar a la contenida en el artículo 10 de las Reglas de Rotterdam. Así, en el proyecto de artículo 26 se contempla la posibilidad de realizar el viaje de ida y vuelta entre el papel y el soporte electrónico. Bajo el epígrafe de “Cambio de soporte”<sup>52</sup> se dispone:

1. Cuando se haya emitido un documento o instrumento en papel transferible y la persona que ejerce el control y el emisor o la parte obligada acuerden sustituirlo por un documento electrónico transferible:

a) La persona que ejerce el control entregará al emisor el documento o instrumento en papel;

b) El emisor emitirá a la persona que ejerce el control, en lugar del documento o instrumento en papel transferible, un documento electrónico transferible que contendrá toda la información consignada en el documento o instrumento en papel transferible y una declaración de que ese documento se ha emitido en sustitución del documento o instrumento en papel transferible; y

c) A partir de la emisión del documento electrónico transferible, el documento o instrumento en papel quedará privado de su eficacia o validez.

2. Cuando se haya emitido un documento electrónico transferible y la persona que ejerce el control y el emisor o la parte obligada acuerden sustituirlo por un documento o instrumento en papel:

a) La persona que ejerce el control traspasará este al emisor del documento electrónico transferible;

b) El emisor emitirá a la persona que ejerce el control, en lugar del documento electrónico transferible, un documento o instrumento en papel que contendrá toda la información consignada en el documento electrónico transferible y una declaración de que ese documento se ha emitido en sustitución del documento electrónico transferible; y

---

“documento electrónico de transporte” (apartado 18) y “documento electrónico de transporte negociable”. El tenor literal del artículo 17.5 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico es especialmente elocuente de la contraposición entre “documento” y “mensaje de datos” (mensaje electrónico): “Cuando se utilicen uno o más mensajes de datos para llevar a cabo alguno de los actos enunciados en los incisos f) y g) del artículo 16, no será válido ningún documento utilizado para llevar a cabo cualquiera de esos actos, a menos que se haya puesto fin al uso de mensajes de datos para sustituirlo por el de documentos. Todo documento que se emita en esas circunstancias deberá contener una declaración a tal efecto. La sustitución de mensajes de datos por documentos no afectará a los derechos ni a las obligaciones de las partes.” Los mensajes de datos son sustituidos por documentos, como si la información que consta en soporte electrónico no pudiera ser calificada como documento.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “documento” es, en su primera acepción: “Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos.”; en su segunda acepción es: “Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo.” No se menciona expresamente el soporte. Habitualmente se ha venido entendiendo que era el papel, pero podría ser un papiro, un lienzo (de lino, cáñamo o algodón) o un soporte pétreo. El lenguaje se ha de ir adaptando a las nuevas realidades. Documento es el género. El soporte ha de calificar la especie. De ahí, vendrá que la información esté en un documento en papel o en un soporte electrónico.

Véase en la nota 25 la definición de documento electrónico en el ordenamiento español, que se incluye en el artículo 3.5. de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

<sup>52</sup> Cfr. A/CN.9/828, par. 102.

c) A partir de la emisión del documento o instrumento en papel, el documento electrónico transferible quedará privado de su eficacia o validez.

El proyecto continúa señalando que la sustitución acordada y realizada no afecta a los derechos y obligaciones de las partes. Incluso se contempla el supuesto de “retrocesión” en el proceso de sustitución. Si por razones técnicas el proceso de sustitución no se pudiese completar, será posible volver a una nueva emisión del documento preexistente, fuere este en papel o electrónico.

La posibilidad de sustitución de los documentos transferibles, desde el soporte papel al electrónico y viceversa, es relevante en la práctica, especialmente en un contexto transfronterizo, ya que puede haber jurisdicciones donde a determinados efectos, por ejemplo aduaneros, se requiera un determinado soporte, sea solo papel o solo electrónico. En tal caso la solución vendrá de la mano de la sustitución, esto es, cambio al formato requerido. Como supuesto general, se entiende que, con independencia de cuál sea la causa que motive la sustitución, esta requerirá el consentimiento de las partes concernidas.

## 8. CRITERIOS DE FIABILIDAD

Cuestión clave en el proyecto es la especificación de los criterios de fiabilidad en los métodos o procesos que se apliquen para conferir seguridad técnica y jurídica en el sistema de electrificación de los documentos transferibles. A tal respecto es necesario combinar de forma equilibrada dos principios básicos: el de equivalencia funcional y el de neutralidad respecto al uso de la tecnología. Ya se han mencionado algunos supuestos en los que se requiere la aplicación de un método fiable a la hora de aplicar el principio de equivalencia funcional, por ejemplo, en relación con la firma o con la posesión. La fiabilidad del método utilizado se puede referir a la identificación de las personas, a la integridad de la información, a la verificación o al control del documento.

En otros artículos del proyecto se hace también referencia al requisito de la fiabilidad para llevar a cabo, por ejemplo, la división y combinación de un documento electrónico transferible cuando la ley permita lo permita para un documento o instrumento en papel. Lo mismo sucederá para el supuesto de cancelación cuando la ley exija que se proceda a cancelar el documento transferible para que deje de surtir efectos, de manera que, en tal caso, se impida que el documento electrónico transferible siga circulando. Otro tanto sucede en orden a la constitución de garantías reales, cuando el proyecto de artículo 29 determina que cuando la ley permita emplear un documento o instrumento en papel transferible a efectos de una garantía real, se establecerá un método fiable que permita emplear documentos electrónicos transferibles a efectos de una garantía real<sup>53</sup>.

Precisamente por la reiteración en el texto del proyecto del requisito de un método fiable, se aborda en un artículo la posible regulación, con carácter general, de los requisitos que un método fiable ha de reunir para ser considerado como tal. La

---

<sup>53</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 55-59

dificultad de establecer un listado de tal índole radica en encontrar el punto de equilibrio entre la necesaria concreción y la flexibilidad suficiente para respetar el principio de neutralidad en el uso de la tecnología así como para modular el nivel de exigencia en función de las circunstancias concretas concurrentes en cada caso y cada tipo de documento electrónico transferible<sup>54</sup>.

## 9. CONCLUSIÓN

Se puede esperar que, en un plazo de tiempo no muy prolongado, el Grupo de Trabajo IV finalice su proyecto y que la Comisión pueda debatir y aprobar un texto, posiblemente de Ley Modelo, sobre Documentos Electrónicos Transferibles. Si se consigue el reto de formular normas que expresen el adecuado equilibrio entre los principios generales de la elektronificación de las relaciones jurídicas y los particulares requisitos para hacer operativa la existencia de documentos transferibles en formato electrónico, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional habrá conseguido, una vez más, prestar un valioso servicio, en el plano legislativo, para ayudar a los Estados en la labor legislativa armonizada.

Sin duda la existencia de normas uniformes en materia de documentos electrónicos transferibles propiciará el uso de estos instrumentos y, por ende, el desarrollo del comercio nacional e internacional. El Derecho uniforme ha de cubrir también esta parcela de instrumentos comerciales en la que empleo de los medios electrónicos es cada vez más una práctica habitual entre los operadores económicos.

---

<sup>54</sup> En el proyecto de artículo 12 se incluyen factores como el grado de garantía de la integridad de los datos, la capacidad de impedir el acceso no autorizado al sistema y su uso no autorizado, la calidad de los sistemas de equipos y programas informáticos, la periodicidad y el alcance de las auditorías realizadas por un órgano independiente, o la existencia de una declaración de un órgano de supervisión, un órgano de acreditación o un mecanismo voluntario respecto de la fiabilidad del método. Son factores provenientes del artículo 10 de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas. Para otras consideraciones y otros posibles factores, vid. A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 68-71.